SEÑOR PRESIDENTE.- Habiendo número, está abierta la sesión.

(Es la hora 14 y 35 minutos.)

-Dese cuenta de los asuntos entrados.

(Se da de los siguientes:)

-"Nota de la Presidencia de la Cámara de Senadores, de fecha 21 de noviembre de 2012, por la que envía copia de la versión taquigráfica de las palabras pronunciadas por el señor Senador Luis Alberto Lacalle, en sesión de fecha 13 de noviembre de 2012, relacionada con la integración incompleta de los Directorios de Entes Autónomos.

Nota de la Presidencia de la Cámara de Senadores, de fecha 21 de noviembre de 2012, por la que envía copia de la versión taquigráfica de las palabras pronunciadas por el señor Senador Sergio Abreu, en sesión de fecha 13 de noviembre de 2012, relacionada con las competencias del Tribunal de Cuentas en el control de la legalidad.

Nota de los miembros de la Junta de Transparencia y Ética Pública, de fecha 22 de noviembre de 2012, por la que solicita audiencia para brindar sus opiniones respecto del proyecto de ley a estudio relacionado con el Fortalecimiento de la Transparencia Pública (Carpeta Nº 475/2011 - Distribuido Nº 625/2011).

Nota de un grupo de docentes de Enseñanza Secundaria, de fecha 23 de noviembre de 2012, por la que plantean sus consideraciones y presentan un texto de proyecto de ley referente al proyecto de ley a estudio por el que se deroga el artículo 1º del Decreto-Ley Nº 14.414, de 12 de agosto de 1975, en la redacción dada por el artículo 194 de la Ley Nº 16.462, de 11 de enero de 1994. (Carpeta Nº 929/2012 - Distribuido Nº 1492/2012)."

Estos asuntos han sido repartidos en el día de hoy, salvo la última propuesta y la referente a las modificaciones a la Carpeta Nº 919/2012, presentada por señores Senadores integrantes de la Bancada del Frente Amplio, que fueron repartidas vía mail en el día de ayer.

En cuanto a las notas enviadas por la Cámara de Senadores relacionadas a las palabras pronunciadas por los señores Senadores Lacalle Herrera y Abreu, si nadie hace referencia al tema, se mantendrán durante 15 días y luego se archivarán como corresponde; y con respecto a la nota enviada por los docentes de Enseñanza Secundaria, se adjuntará al proyecto de ley que está a estudio. Tendremos que ver cómo resolvemos la solicitud de audiencia presentada por los miembros de la Junta de Transparencia y Ética Pública ya que, en estos momentos, no es fácil llevarla a cabo.

Los integrantes de la Bancada del Frente Amplio, luego de recibir a la visita, aspiramos intercambiar distintas opiniones sobre el Código de la Niñez y la Adolescencia; si fuera posible, podríamos reunirnos otro día, quizás el jueves, para que el proyecto se pudiera elevar al Senado la próxima semana.

El señor Senador Pasquet planteó alguna observación sobre esta iniciativa por lo que, si no hay objeciones al respecto, nos gustaría llegar a alguna conclusión en el día de hoy, reunirnos nuevamente otro día de esta semana a fin de ver las dificultades que presenta el proyecto y, en lo posible, aprobarlo.

SEÑOR PASQUET.- Estoy de acuerdo en recibir primero a la visita y luego conversar sobre el proyecto de ley.

(Ingresan a Sala el profesor doctor Edgar Varela-Méndez y el profesor doctor Alejandro Abal, Director e integrante del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal de la Universidad de la República respectivamente.)

SEÑOR PRESIDENTE.- La Comisión de Constitución y Legislación da la bienvenida a los doctores Edgar Varela-Méndez y Alejandro Abal, quienes fueron invitados para intercambiar opiniones sobre el Código General del Proceso. Este proyecto de ley fue votado en la Cámara de Representantes y esta Comisión creó una Subcomisión para que la iniciativa tuviera un trámite rápido y, en lo posible, sin modificaciones. Sin embargo, algunos de sus integrantes plantearon algunas observaciones por lo que queremos ver si se pueden salvar o, de lo contrario, estudiar una posible redacción alternativa.

SEÑOR PASQUET.- Ante todo, quiero agradecer la presencia de los distinguidos juristas que nos visitan, quienes seguramente nos ayudarán a trabajar en este proyecto de ley al que, naturalmente, la Comisión le asigna mucha importancia, toda la que en realidad tiene.

Somos conscientes del espíritu que ha presidido la elaboración del proyecto de ley. Sabemos bien -porque hemos leído los antecedentes enviados por la Cámara de Representantes- que aquí no se ha pretendido introducir cambios radicales en la estructura del Código General del Proceso ni se ha intentado modificar sustancialmente las estructuras procesales hoy vigentes, sino que se han recogido las lecciones recibidas en la práctica de veinte años de aplicación del Código, para mejorarlo, para disipar dudas, para uniformizar criterios de interpretación, para encontrar soluciones prácticas a problemas que se ha demostrado que existen y para *aggiornar* -poner al día- este Código que tiene ya sus veinte años, de manera de contribuir fundamentalmente a la celeridad de los procesos.

De acuerdo con lo que en su momento explicó el entonces Presidente de la Suprema Corte de Justicia, doctor Van Rompaey, hemos visto que se ha ido alargando la duración de los procesos en primera instancia, mientras se acortaban los realizados en segunda instancia y ante la Suprema Corte de Justicia, por cuanto varias de las modificaciones que aquí se introducen, procuran corregir esa situación y contribuir a la aceleración del proceso en primera instancia. De más está decir que todos compartimos ese espíritu y esos propósitos, y queremos contribuir a la rápida sanción de este texto.

Como bien lo decía el señor Presidente, recién cuando comenzamos a considerar el tema, nos propusimos votar sin modificaciones el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Representantes, a tapa cerrada -como suele decirse- naturalmente sabiendo de antemano que eso implicaría dejar de lado esas observaciones de redacción que siempre es posible plantear -que sería descuidar algún detalle que siempre es posible mejorar- pero nos parecía que era preferible acelerar el trámite legislativo y poner en vigencia este texto cuanto antes.

Sin embargo, empezamos a leer el proyecto de ley y surgieron observaciones que no podemos pasar por alto. Por lo menos algunas de ellas, entiendo que merecen ser consideradas en la Comisión. Es posible que después de escuchar a nuestros distinguidos visitantes y de que la Comisión haga sus deliberaciones, la mayoría entienda que es conveniente seguir adelante. Eso es posible -no descarto esa posibilidad- pero como integrante de la Subcomisión que trabajó en este tema, así como también de la Comisión, siento que mi obligación es plantear por lo menos aquellas cuestiones que me parecen que tienen más importancia. Hay otras, pero no tendría sentido ingresar a la consideración de cuestiones de menor importancia, si la Comisión entiende que las de mayor importancia tampoco merecen ser subsanadas, porque en ese caso predominaría el criterio de la celeridad y dejaríamos de considerar las cuestiones de redacción, de importancia secundaria, si se entiende que las cuestiones principales también pueden ser obviadas. Por eso, quiero empezar por plantear las cuestiones que me parecen más importantes, esperando recibir la opinión al respecto de quienes nos visitan, porque en función de eso será que después deliberaremos y veremos qué camino corresponde seguir.

Sin más prolegómenos, voy a ingresar a la materia que nos ocupa y particularmente a los puntos que nos parecen más importantes.

En primer lugar, hay observaciones que son importantes solo por venir de quién vienen, es decir, las realizadas por la Suprema Corte de Justicia que trabajó, como todos sabemos, en la

elaboración del anteproyecto y que se ha mantenido en estrecho contacto con el Parlamento durante el trámite legislativo, pero que una vez definido el texto que pasó al Plenario de la Cámara de Representantes, formuló sus observaciones. En ese sentido, la Suprema Corte de Justicia señala dos cuestiones que yo también señalo.

En primer lugar, la modificación al artículo 25.1 del Código, votada en la Cámara de Representantes, suprime el adjetivo "positivo" al sustantivo "derecho". La Suprema Corte de Justicia al reconsiderar esta cuestión entendió preferible mantener el adjetivo "positivo" y, por tanto, dejar la redacción del artículo tal como está en el texto vigente.

SEÑOR PRESIDENTE.- Sin que parezca un dialogado, creo que deberíamos ir salvando las dudas que se vayan generando.

SEÑOR PASQUET.- Si me permite, señor Presidente, preferiría hacer una exposición global sobre cuatro o cinco puntos que considero sustanciales para luego dar lugar a que nuestros visitantes nos aclaren las dudas.

SEÑOR PRESIDENTE.- No hay problema, señor Senador.

SEÑOR PASQUET.- Como decía, esta es una de las observaciones planteadas por la Suprema Corte de Justicia. La otra está referida al artículo 89 que trata sobre la notificación por edictos. La idea de la Suprema Corte de Justicia es sustituir la publicación de los edictos en un periódico de la localidad de que se tratase por la inclusión de la noticia en la red informática del Poder Judicial. En definitiva, lo que se votó no fue la sustitución de una forma de publicidad por otra, sino la adición a la red informática del Poder Judicial. A este respecto, se señala que el proyecto de la Suprema Corte de Justicia - Instituto Uruguayo de Derecho Procesal- prevé la posibilidad de sustituir la notificación por edictos publicados en un periódico de la localidad, por la inclusión de la notificación en la red informática del Poder Judicial, según la reglamentación respectiva. En cambio, en el texto a estudio de la Comisión se establece que la publicación en la red informática se añade a las otras dos. La Suprema Corte de Justicia está en contra de esta visión y propone volver a la idea original de sustituir una publicidad por otra.

Estas son las dos observaciones de la Suprema Corte de Justicia a las que quería hacer referencia, más que a ninguna otra cuestión.

Otro punto que me parece relevante tiene que ver con el artículo 32 del Código General del Proceso, en particular, con la modificación que se propone en el artículo 32.2. El texto vigente, que es congruente con lo que todos conocemos como los principios clásicos en la materia, establece: "Los menores habilitados o emancipados, actuarán asistidos de curador *ad litem*.

También actuarán representados por curador *ad litem* los menores que litiguen contra quienes ejercen su patria potestad o tutela, previa venia que otorgará el tribunal al efectuar la designación".

Ahora bien, el texto aprobado por la Cámara de Representantes sustituye la redacción que acabo de leer por la siguiente: "Los niños y adolescentes tienen los siguientes derechos en el proceso:

a) A ser oídos por el tribunal, bajo pena de nulidad absoluta de las actuaciones.

b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de adoptar una decisión que afecte sus derechos.

c) A la asistencia letrada o curador *ad litem* conforme el principio de autonomía progresiva de la voluntad (artículo 1.º del Código de la Niñez y la Adolescencia), en su caso.

d) A participar activamente en el proceso por sí o por sus representantes conforme al literal anterior.

e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte", y continúa la redacción tal como está.

Pues bien, señor Presidente, este texto me merece una serie de comentarios.

Fue introducido en la Cámara de Representantes a propuesta de varias personas, entre ellas, el hoy integrante de la Suprema Corte de Justicia, doctor Pérez Manrique, que sostenía que es preciso incorporar al CGP los avances en materia de derechos de la niñez que resultan de las Convenciones Internacionales en la materia, del trabajo doctrinario sobre esas Convenciones que se realiza en el ámbito de Naciones Unidas y que se traducen en distintas observaciones a las reglas de la Convención Internacional, y a los avances que se han incorporado al Código de la Niñez y la Adolescencia.

Decía el doctor Pérez Manrique que cuando se consideró esta cuestión -en el ámbito de los jueces de familia y de gente vinculada al tema de los derechos de los niños, niñas y adolescentes- alguien había propuesto una fórmula que decía que se mantenía el texto del CGP sin perjuicio de la vigencia, en su ámbito respectivo, de lo dispuesto por las Convenciones Internacionales, ratificadas por Uruguay, y del Código de la Niñez y la Adolescencia. Manifestaba, entonces, el doctor Pérez Manrique, que esta solución no lo convencía porque significaba crear una especie de régimen esquizofrénico, una dicotomía. Por un lado, una normativa inspirada en los viejos o arcaicos criterios del Código Civil y, por otro, una normativa mucho más moderna, actualizada, que reconoce los derechos de la niñez, etcétera, y que es la que figura en el Código de la Niñez y la Adolescencia. Entonces, para evitar esa dicotomía o esquizofrenia, proponía incorporar directamente al CGP estas normas o criterios que son los del Código de la Niñez y la Adolescencia, siguiendo el camino, según él señaló, de una ley argentina que iría en este sentido.

Ahora bien; no discuto la pertinencia de estos criterios que acabo de leer cuando se aplican en el campo -genéricamente hablando- del Derecho de Familia, de las situaciones que están reguladas y contempladas por el Código de la Niñez y la Adolescencia en cuanto a que en ese ámbito, el niño, niña o adolescente deba ser escuchado siempre, y que su opinión sea primordialmente tomada en cuenta me parece muy bien, como también lo es el que siempre pueda recurrir ante el superior, frente a cualquier normativa que se dicte en esas circunstancias. Uno se imagina, por ejemplo, la situación que se plantea cuando se están separando los padres y se está discutiendo quién se va a quedar con la tenencia del hijo menor de edad. Es perfectamente lógico pensar que el Juez escuche a ese menor de edad para saber si quiere quedarse con el padre o con la madre, por supuesto se le va a dar distinto peso a la opinión del chico según la edad que tenga; eso parece muy claro; así uno se imagina funcionando muy bien estos criterios. Pero si salimos del ámbito del Derecho de Familia, de situaciones como las que he señalado, que son también -vale la pena indicarlo- aquellas a las que se refiere esa observación número dos, a la Convención Internacional de Derechos del Niño -son todas situaciones de Derecho de Familia, referidas a casos de separación de los padres, de adopción, etcétera- y vamos al ámbito general cubierto por el Código General del Proceso, aparecen otras dificultades. Uno se imagina, por ejemplo, que un menor de edad -pido disculpas si en alguna ocasión no soy jurídica o políticamente correcto y no digo siempre y en todos los casos "niñas, niños y adolescentes", que es como debe hablarse, pero permítanme que para abreviar diga alguna vez "el menor"- sea parte de un proceso, por ejemplo, de cesación de condominio. El Juez va a tener que interrogarlo personalmente y, además, tomar en cuenta primordialmente su opinión.

Uno puede imaginarse también otra situación que puede ser la de un adolescente que usa el auto de su padre sin permiso, tiene la desgracia de atropellar a un peatón y este, luego de un tiempo inicia un juicio para obtener la reparación de los daños que ha sufrido como consecuencia del accidente. En ese proceso, ¿el Juez va a tener que tomar primordialmente en cuenta la opinión del menor que fue quien ocasionó el accidente? ¿Cómo se va a sentir la otra parte ante un texto de esta naturaleza que diga que la opinión de su contraparte tendrá carácter primordial a criterio del Juez? ¿No sentirá lesionada la igualdad de las partes en el proceso? ¿No entenderá que eso es inconstitucional?

El literal e) del artículo 32.2 en la redacción sancionada por la Cámara de Representantes establece el derecho del menor “A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”. Recurrir ante el superior es, en definitiva, apelar. No es ante el mismo Juez que dictó el acto, que es la reposición. Lo que aquí estamos diciendo es que el menor puede apelar siempre y en todo caso frente a cualquier providencia que lo afecte.

Ahora bien; en el Código General del Proceso hay una serie de textos en los que la regla es que no se puede apelar; yo anoté una de ellas, pero puede haber decenas. Por ejemplo, el artículo 373.3 establece: “Todas las resoluciones pronunciadas en el proceso de ejecución, salvo que expresamente se disponga otra cosa, serán inapelables”. Por otro lado, este otro texto establece que el menor puede “recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”. Por tanto, ¿qué situación se crea? ¿Es un sujeto procesal privilegiado que tiene siempre a su disposición el recurso de apelación?

En fin, me parece que la referencia a esta situación -uno podría imaginar muchísimas otras, es de una casuística inagotable- demuestra que este texto no puede trasplantarse del Código de la Niñez y la Adolescencia e incrustarse en el Código General del Proceso, dándole una vigencia general.

Francamente, me parece preferible la redacción que el doctor Pérez Manrique consideraba dicotómica o esquizofrénica porque, a pesar de los defectos que pueda tener, es preferible a la situación que se crea de esta manera.

La redacción en cuestión, que había sido considerada por la Asociación Uruguaya de Magistrados y Operadores Judiciales de Familia Infancia y Adolescencia, establecía que los niños, niñas o adolescentes habilitados actuarán asistidos de curador *ad litem*. También actuarán representados por curador *ad litem* los niños y adolescentes que litiguen contra quienes ejercen su patria potestad o tutela, previa venia que otorgará el tribunal al efectuar la designación. Ello se establece sin perjuicio de lo dispuesto en convenciones y tratados internacionales ratificados por la República y en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Esta es, simplemente, una redacción que se manejó. No digo que sea una redacción perfecta. Está allí el problema de los habilitados, que es otra cuestión, pero me parece un asunto de menor importancia. Sin embargo, lo que sí me parece importante es lo que acabo de señalar. Creo que el artículo 32.2, como queda redactado, no es conveniente, va a ser un semillero de problemas, que en algunas situaciones puede ser considerado inconstitucional. Considero que esto tendría que modificarse y que habría que mantener la redacción vigente, acaso estableciendo que es sin perjuicio de lo dispuesto en las convenciones internacionales ratificadas por la República y sin perjuicio de lo establecido en el Código de la Niñez y la Adolescencia; que nadie entienda que la sanción de este proyecto de ley significa derogar normas hoy vigentes que consagran determinados derechos de las niñas, niños y adolescentes. No se trata de eso; no se trata de recortar ningún derecho, pero sí de evitar la trasposición mecánica y automática de normas del Código de la Niñez y la Adolescencia al Código General del Proceso que tiene un ámbito de aplicación muchísimo más amplio.

A mi juicio, esa es la observación central. Todo lo demás es más o menos remediable y en pro de la celeridad se podría prescindir de otras cuestiones. Pero, reitero, me parece que esto realmente merece una consideración detenida.

Además, quisiera decir que si vamos a modificar el proyecto de ley para ajustar el artículo 32.2, otro tema que habría que considerar sería el planteado por parte del Instituto de Derecho Comercial a través de los doctores Ricardo Olivera y Alicia Ferrer, a la Comisión que estudió el asunto en la Cámara de Representantes.

En las últimas etapas del trabajo de la Comisión, cuando ya había ánimo de sancionar el texto cuanto antes pero no demasiado tiempo para más consultas, el doctor Olivera y la doctora Ferrer -en la representación que acabo de señalar- expresaron que a su juicio sería conveniente derogar todo el Capítulo del CGP referido al Concurso, que corresponde a los artículos 452 y siguientes. ¿Por qué? Porque existe ya una ley de concurso que tanto ha dado que hablar en los últimos tiempos, que fue

trabajosamente elaborada y tiene una serie de disposiciones que contemplan diversas situaciones. Según explicó el doctor Olivera, en la redacción originaria del artículo 2º de esa Ley de Concurso se incluía todo el universo posible de sujetos que podían ir a concurso. Posteriormente eso se modificó y se quiso excluir al que podía ser el consumidor en situación de concurso, porque se le pensaba destinar una normativa especial; por esa razón se le excluyó del ámbito subjetivo de aplicación de la mencionada ley, pero inicialmente estaba. Después no se concretó el envío de esa normativa especial referida al consumidor y llegamos a esta situación en la cual existen dos regímenes paralelos: por un lado lo que establece la ley de concurso para las empresas, los comerciantes y, por otro, estas disposiciones del CGP para el concursado civilmente. Según explicó el doctor Olivera, esto se ha aplicado únicamente -en los últimos años- en unos ocho o diez casos, siempre referidos a Directores de sociedades anónimas que entran en concurso; por su parte, los Directores personas físicas son concursados a través de las disposiciones del CGP. En consecuencia, en el mismo Juzgado se siguen dos regímenes procesales diferentes para determinadas situaciones que tienen un núcleo común insoslayable. Por lo tanto, el doctor Olivera dice que sería mejor suprimir todo esto de la normativa del CGP, ajustar ligeramente el artículo 2º de la ley de concurso y darle a todo el mismo régimen procesal, lo que parece -por lo menos a primera vista-una sugerencia muy atendible.

Estas son las cuestiones principales que quería plantear, después hay otras pero con relación a estas creo que tienen menor importancia y no quiero monopolizar el uso de la palabra.

SEÑOR ABAL.- Si el señor Presidente lo considera conveniente, vamos a contestar primero los temas concretos que planteó el señor Senador Pasquet y para ello quisiera ceder el uso de la palabra al doctor Varela a fin de que se refiera al artículo 25.

SEÑOR VARELA-MÉNDEZ.- Ante todo agradezco expresivamente la convocatoria al Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y la intención era comparecer a través de los tres profesores titulares, pero el Profesor Landoni excusó su inasistencia por encontrarse en un Congreso en Quito. Cabe aclarar que el profesor Abal integró la Comisión del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal que trabajó en este anteproyecto de ley, pero no quien habla.

Este artículo 25, con la aparentemente inocua modificación que tiene, entraña no obstante un riesgo de significación. Cuando el artículo 25.1 establece que “En el juzgamiento del litigio deberá aplicar la regla de derecho positivo” manda al Juez cumplir con lo que es su deber funcional, esto es excluir el estado insatisfactorio mediante la aplicación del Derecho. Esa aplicación del Derecho no puede ser sino a la regla de Derecho Positivo; no puede haber regla que no sea de Derecho Positivo. En consecuencia, parecería que sacar el adjetivo “positivo” no entraña mayor riesgo. Sin embargo, en la justificación que se planteó en la Cámara de Representantes se dijo algo así como que este adjetivo era evocativo de la concepción jurídica “positivismo”, que no es estrictamente la orientación del Código General del Proceso y de la Constitución de la República.

En primer lugar, la indicación de “positivo” no parece, por la redacción que le dieron los autores del Código -tres distinguidos juristas- evocativo de una concepción del positivismo jurídico, porque la idea de las reglas de derecho positivo las encontramos en filósofos que influyeron en filósofos del Derecho como Kant y Hegel, y también en Kelsen. De manera que esta primera crítica no corresponde.

La referencia al artículo 332 de la Constitución de la República entraña el riesgo del llamado neoconstitucionalismo y aquí se plantea, en quienes lo sustentan, una contradicción insalvable. El señor Senador Pasquet hablaba de esquizofrenia y en materia procesal Alvarado Velloso y Montero Aroca también hablan de lo mismo, de esquizofrenia: desdoblamiento de personalidad en la concepción de los temas.

La regulación del proceso solo puede hacerse a través de la norma de Derecho. Según el artículo 18 de la Constitución, la norma de Derecho tiene que ser la ley formal y tiene que ser adecuadamente establecida y conocida de las partes porque de ellas no pueden disponer: artículo 16 del Código General del Proceso. Precisamente, esa norma de Derecho tiene un proceso de formación establecido por la Carta. Cuando la Constitución establece que la soberanía reside en la Nación y solo a ella a través de los organismos competentes le corresponde manifestarse por leyes, define

claramente dónde está el centro de la creación del Derecho, que es en el Parlamento y no en la judicatura.

Cuando se alude al artículo 322 de la Constitución se hace una mirada torcida, soslayada y sesgada, porque ese artículo establece la autoejecución de los principios de la Constitución que deben aplicarse aún en falta de reglamentación, pero cuando hay norma la reglamentación existe y entonces al operador del Derecho, al Juez, le corresponde aplicar la norma; y si esa norma no parece adecuada porque se quiere remontar a la Constitución, solo hay un órgano en nuestro Derecho que puede provocar la desaplicación de la norma para el caso concreto y es la Suprema Corte de Justicia.

A propósito de esto, en el semanario "*Búsqueda*" escribí una nota que después me la pidió uno de los Ministros de la Corte, en la que decía que para mí esta eliminación del adjetivo "positivo" entraña un riesgo de significación. Me permito opinar que el Parlamento debe reafirmar que las normas surgen del propio Parlamente y que a todos los demás les corresponde simplemente aplicarlas. Reitero: ese elemento "positivo" del Derecho no es solo de la Escuela Positivista, de Comte y compañía, sino que lo encontramos antes en las reflexiones de Kant en *La Metafísica de las costumbres* y en las reflexiones de Hegel en *Filosofía del Derecho*.

Era cuanto tenía para decir.

SEÑOR ABAL.- No voy a repetir el agradecimiento por el honor de ser convocado por la Comisión. Siempre es un honor y por supuesto me siento íntimamente orgulloso de poder colaborar de esta manera -si es que la colaboración es atendida- con el trabajo del Parlamento.

En cuanto al artículo 25 coincido con el doctor Varela-Méndez, pero me voy a referir al artículo 32. Este tema se planteó a nivel de la Comisión que hizo el anteproyecto. La Comisión estaba formada por el Instituto y este pretendía que no se modificara o no se eliminara la palabra "positivo". A modo de transacción, como se entendió que los delegados de la Corte querían que se modificara en aquel momento y se eliminara esa palabra, y como estrictamente la eliminación no tenía ninguna significación teórica, lo aceptamos. Pero también es cierto lo que dice el doctor Varela-Méndez en cuanto a que si bien, literalmente, puede ser lo mismo decir Derecho que Derecho Positivo -porque no hay Derecho si no es Positivo- de todas maneras el sobreentendido que estaba detrás de la eliminación de la palabra positivo era que los Jueces iban a tener más libertad para manejarse fuera de la normativa expresamente aprobada por el Parlamento o que surgía naturalmente de la Constitución. En lo personal, coincido con el doctor Varela-Méndez en el sentido de que es mejor mantener el texto original tal como, por otra parte, lo está pidiendo la Corte ahora, aunque fue la que propuso lo contrario hace un tiempo.

En cuanto al artículo 32, cuando se trató en la Comisión este tema, aún no existía y tampoco estaba cuando fuimos a hablar a la Comisión correspondiente de la Cámara de Representantes, incluyendo un texto del artículo 32.2 como el que ahora se propone. Realmente, fue una sorpresa encontrarlo después y podría decir algo genérico tal como que es un semillero de problemas fenomenal, aunque este término no sea muy técnico. Lo cierto es que esa es la impresión que tenemos con respecto a este artículo. No quisiera emplear más calificativos duros, pero la verdad es que me sorprende que en la Cámara de Representantes hayan aprobado un texto como este.

En primer término, este texto tampoco está en el Código de la Niñez y la Adolescencia y ni siquiera la mención que se hace en el literal C) del Código es correcta, ya que en todo caso no es el artículo 1º sino el 8º el que debería mencionarse. Lo cierto es que esto en el Código de la Niñez y la Adolescencia no aparece.

En segundo lugar, voy a tomar cada uno de los literales para hacer un comentario, tal como hizo el señor Senador Pasquet. El hecho de que los menores tengan que ser oídos por el tribunal, bajo pena de nulidad absoluta de las actuaciones, puede generar un caos. En ese sentido, me imaginaba el desalojo de un menor, por distintas circunstancias; por ejemplo, en el caso de que heredara un bien y hubiera que desalojarlo, teniendo en cuenta que en el patrimonio de la persona de la que hereda está el contrato de arrendamiento de un bien y no paga los alquileres, habría que traer al menor para oírlo,

si es que está el menor y si lo encuentran. Realmente esto es de locos, para decirlo de una manera sencilla. Esto está escrito pensando en un juicio de tenencia del menor, quizás de pérdida de la patria potestad o de pensión alimenticia, pero es impensable tomarlo como una norma general porque no tiene sentido. Asimismo, se dice "A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta". Esto apunta a una cuestión de Derecho sustantivo y no de Derecho procesal. Se dice que en cuanto al Derecho sustantivo que se va a aplicar en el asunto sometido al Juez, el Juez tiene que tomar en cuenta primordialmente la opinión del menor. Esto tiene sentido, repito, pensando en una tenencia o en una pensión o algo por el estilo, pero carece de sentido insertarlo como una norma general de algo que debe hacerse necesariamente en todos los juicios.

Después se dice: "c) A la asistencia letrada o curador *ad litem* conforme el principio de autonomía progresiva de la voluntad (artículo 1º del Código de la Niñez y la Adolescencia), en su caso". Sobre esto, ya hice la aclaración de que no se trata del artículo 1º sino del 8º, pero además no se trata de la asistencia letrada o curador *ad litem*, porque también necesita asistencia letrada. En todo caso se hablaría de designación de curador *ad litem* si se estimare que el menor no ha llegado a una edad en la cual tiene la maduración suficiente para comparecer por sí mismo, lo cual significaría que antes de empezar el juicio se hiciera una medida preparatoria por el menor o por la contraparte si es contra el menor, en la cual el Juez tendría que resolver si le va a nombrar un curador *ad litem* o algo por el estilo, o para seguir con el mismo ejemplo y no aburrir, pensando en un juicio de desalojo. Repito que, a mi juicio, esto es de locos.

En el literal d) se dice: "A participar activamente en el proceso por sí o por sus representantes conforme al literal anterior". Creo que esto está de más, porque cualquier persona que sea parte tiene que comparecer y participar activamente por sí si es mayor de edad o, si fuera del caso, y no es mayor de edad pero el Juez lo admitiera, tendría derecho a participar activamente por sí o por el representante. En cualquier caso esto estaría de más.

El último es una fórmula abierta que, por otra parte, sería inconstitucional. Se supone que si está establecido en el texto es porque normalmente no se podría recurrir. Además, con la norma no se apunta a señalar que el individuo puede recurrir cuando puede hacerlo, sino que se trata de marcar que puede recurrir cuando no puede hacerlo. Incluso solo él puede recurrir, lo cual sería inconstitucional. Se supone que puede recurrir en apelación porque es ante el superior. ¿Y ante quien recurre si la resolución la dicta el Tribunal de Apelaciones? Realmente, estoy en contra de esta iniciativa. Incluso he conversado sobre este tema con el profesor Varela-Méndez y algunos miembros del instituto -no lo hice en una sesión plenaria sino escuchando siempre sus opiniones- y todos coinciden en que hubiera sido muy interesante aprobar este proyecto, si se quiere, a tapa cerrada, siguiendo el temperamento que el señor Senador Pasquet ha dado entender que podría ser el de la Comisión. A juicio del instituto la sola existencia de una disposición de esta naturaleza -y puedo hablar por todos- hace que su aprobación sea absolutamente imposible o no aconsejable para el Parlamento.

Voy a agregar algo, en atención a la reflexión final realizada por el señor Senador Pasquet sobre fórmulas alternativas. Insisto en que no hablé sobre este tema en una sesión plenaria pero sí lo conversé con los miembros del instituto, profesores agregados, titulares y adjuntos, y todos coinciden en que no hay que agregar nada ni hacer una fórmula sustitutiva. Este proyecto de ley no deroga y reaprueba el Código General del Proceso, incluso se podría llegar a interpretar que deroga otras leyes especiales. Si no se dice nada, lo que está vigente no se toca. Estaría muy bien que en algún momento el CNA fuera considerado por el Parlamento para regular muchas cosas que no están muy claras y están ocurriendo a nivel de los Juzgados en razón de la amplitud de las fórmulas que tiene y que hace que se interprete de una manera nada uniforme. Mejor no ingresamos en este tema, no lo modificamos ni lo derogamos. Si el Parlamento aprueba este proyecto de ley no aprobaría todo el Código General del Proceso sino las modificaciones de los artículos indicados. Entonces, si no se toca el artículo 32 todo quedaría como está. Por lo tanto, si el CNA dice algo lo seguirá diciendo. No tiene incidencia sobre convenios internacionales, la no inclusión de ninguna alusión a este tema en el proyecto. Quienes hemos conversado y analizado el tema creemos que esta fórmula no debería incluirse; francamente es desaconsejable.

SEÑOR VARELA-MÉNDEZ.- Modificar el artículo 32 es alterar peligrosamente la estructuración perfecta del Código General del Proceso sobre todo respecto a un tema sumamente delicado como son las capacidades en el proceso. Además, el semillero de problemas va a ser importante. El señor

Senador Pasquet habló de las restricciones a la apelación y la posibilidad de que el literal e) abra la apelación irrestricta para los menores. Inclusive se plantea cuál es el efecto de esta apelación: un efecto personal al menor o un efecto real para otros. En consecuencia comparto lo que dijo el profesor Alejandro Abal respecto a que se debería dejar el artículo tal como está.

SEÑOR ABAL.- Continuamos con la consideración del primer párrafo del artículo 89, en el que la Suprema Corte de Justicia hace una observación que compartimos. No es un tema trascendente, pero como aparentemente se va a reabrir el texto que fuera aprobado por la Cámara de Representantes, sería conveniente hacer la corrección que se propone. En realidad esa ha sido la decisión que ha tenido más razones extraprocesales y tiene que ver con la financiación de las publicaciones en los diarios y periódicos del interior. Creemos que lo más adecuado es la fórmula que propone este órgano y sobre eso no se puede agregar nada más.

Con respecto a la ley de concursos -que figura en los artículos 452 y siguientes-el Instituto no se opone a su derogación ni a que se incluya en la ley, pero mientras no se modifique, para incluir expresamente estas situaciones, algo tiene que haber y por eso se mantuvo. No hay un espíritu de protección del texto originario del Código General del Proceso, ni nada por el estilo. Se entiende que se puede derogar y eliminar esta parte del Código General del Proceso pero siempre y cuando, simultáneamente, se resuelva el tema de la ley de concursos. En otras palabras, se sugiere que se apruebe como está, sin perjuicio de que se encare la modificación de la ley, para comprender explícitamente todas estas situaciones que hoy están excluidas, porque si analizan el artículo 452, verán que se aplica a los casos que no están comprendidos en la ley de concursos. O sea que no hay ningún inconveniente en que eso se modifique.

Esas serían las respuestas que podemos dar a las observaciones que explícitamente indicó el señor Senador Pasquet. Por supuesto que estamos abiertos a dar nuestra opinión sobre cualquier otro artículo del proyecto, incluso alguno que no se haya mencionado; quizás se reabra la consideración del texto y con el profesor Varela-Méndez hagamos algún breve comentario, si la Comisión lo permite.

SEÑOR PRESIDENTE.- Si en los próximos días nos acercan las redacciones alternativas, las estudiaremos.

SEÑOR VARELA-MÉNDEZ.- Sobre estos temas no tengo más nada que agregar.

SEÑOR NIN NOVOA.- Muchas gracias, señor Presidente.

Naturalmente, me sumo a la bienvenida que se les ha dado a los profesores. Creo que nos van a ser de mucha ayuda, tal como aquí se ha dicho, y sobre las observaciones que realizó el señor Senador Pasquet -desde mi punto de vista, saludables- quisiera hacer una pregunta respecto al artículo 458.4 que refiere al tema de los concursos. No sé qué opinión tienen sobre la eliminación del instrumento de la conciliación -es un medio procesal eficaz para resolver litigios- en donde las partes se hacen concesiones recíprocas. En consecuencia, parecería que no hay una razón contundente para eliminarla.

SEÑOR ABAL.- En el Código General del Proceso proyectado se modificaron radicalmente las situaciones en las cuales se debería proceder previo al juicio conciliatorio; esto no es lo que plantea el señor Senador Nin Novoa, pero aprovecho para señalarlo. Había una legislación caótica que se introdujo a impulso -creo que fue así, pero nunca se aclaró- de personas vinculadas al Colegio de Abogados, con una redacción muy mala y creando una serie de complicaciones y confusiones que no vale la pena abordar ahora. Con los textos que se aprobaron en sustitución del artículo 294 quedó muy bien resuelto.

El planteo del señor Senador Nin Novoa tiene que ver con el trámite de oposición dentro del concurso. Francamente, creo recordar que el espíritu que animó la supresión de la obligatoriedad de ese trámite fue evitar alargar los procesos de los concursos. Las instancias de conciliación en las situaciones de concurso siempre existen, pero prácticamente siempre son extrajudiciales. Entonces, el

que eso fuera obligatorio para lo único que aparentemente se prestaba -aunque no puedo decirlo con certeza-era para que tanto el titular de la sede como el que quería que el concurso se enlenteciera empezaran solicitando una audiencia, luego pidieran una prórroga para hablar que se fijaba a los dos meses y cuestiones por el estilo.

SEÑOR PASQUET.- Quisiera plantear algunas dudas. Descuento que nuestros distinguidos visitantes me las aclararán, pero además lo que ellos digan servirá para que quienes se acerquen a estudiar los antecedentes de la nueva norma despejen sus dudas, si ellos también las tienen. Es decir que esto va a contribuir a que la historia fidedigna de la sanción ilustre después a quienes vengan a estudiar estas disposiciones. Pido disculpas si al plantear mis dudas desnudo mi ignorancia, porque alguien que sepa más no tendrá mis dudas, pero creo que esto es parte de la tarea de elaboración legislativa que tenemos que cumplir.

Con respecto al artículo 120 sobre acumulación del pretensiones, que figura en la página 29 del Comparativo que nosotros manejamos, el numeral 1) del 120.1 dice: “Que se trate de pretensiones de igual materia competencial; si pertenecieren a fueros competenciales diversos, las pretensiones deberán ser conexas entre sí”. Agradecería que hagan un comentario y nos den una explicación acerca de este texto.

En cuanto al artículo 257 de la página 61 del Comparativo, el 257.5 dice: “Cuando se revocare una providencia apelada sin efecto suspensivo o con efecto diferido, será ineficaz la actuación adelantada por el tribunal de primera instancia después de la apelación, en lo que dependa necesariamente de aquella. No procederá el reenvío, salvo cuando se declarare la nulidad”... Agradecería que se aclarara el sentido de la expresión “No procederá el reenvío”.

A su vez, el artículo 361.1 que comienza en la página 109, referente al juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo, dice: “Podrán tratarse en juicio ordinario posterior, exclusivamente, las defensas que la ley considera inadmisibles en el juicio ejecutivo, si no hubiesen sido examinadas, en su mérito, en aquel. Toda defensa que hubiere podido ser deducida en el proceso ejecutivo no habilitará la promoción de juicio ordinario posterior”. La duda que me queda luego de leer esto y cuya aclaración agradecería, es si para poder plantear una determinada defensa en el juicio ordinario posterior, es preciso haberla planteado antes en el juicio ejecutivo y que se haya descartado porque la ley dice que no es admisible. ¿Es preciso plantearla efectivamente o basta que no sea admisible *per se* para que luego pueda hacerse valer en un juicio ordinario posterior? Me da la impresión de que fueron interpuestas y el Juez rechaza de entrada la consideración del tema por entender que es inadmisible. Es por eso que planteo esta pregunta.

Me voy a referir ahora al artículo 374.1, que figura en la página 115 del Tomo II del comparativo. El mismo dice: “En cualquier etapa del proceso y para el cumplimiento de sus providencias, el tribunal, de oficio o a pedido de parte, podrá adoptar las medidas de conminación o astricción necesarias, cualquiera sea el sujeto de la medida”. ¿Se está diciendo que se aplica cualquiera sea el sujeto a quien se imponga la medida -el sujeto pasivo de la medida- o el sentido se refiere a cualquiera sea el objeto de la medida? No me queda claro esto y agradecería un comentario al respecto.

Voy a hacer un comentario sobre los artículos 379.7 y 380.8, páginas 121 y 124 del Tomo II del comparativo. Simplemente quiero corroborar lo que surge de la lectura de estas disposiciones. Acá estamos acotando aún más el secreto bancario; en el inciso segundo del artículo 379.7 y en el 380.8 se hace referencia a la misma cuestión. En los antecedentes que vienen de la Cámara de Representantes no hay ninguna referencia a esto -quizás se me haya escapado alguno, pero yo no vi nada- y, si esta apreciación es correcta, me parece que corresponde destacar que estamos ante una nueva restricción del ámbito del secreto bancario. De acuerdo con el Decreto-Ley Nº 15.322, el secreto cede frente a las actuaciones de la Justicia Penal o cuando se trate de una pensión alimenticia. Acá estamos diciendo, también, que en vía de apremio no hay secreto bancario y se puede ir contra las cuentas bancarias del sujeto que haya sido condenado, aunque el actor no tenga el número de cuenta o no pueda pedir el embargo de la cuenta. Pide que se indique si esa persona tiene cuenta y saldo en ella y, una vez proporcionada la información, se puede trabar embargo específico. O sea que estamos ante una nueva

restricción del secreto bancario y me parece que la importancia del asunto justifica que se anuncie en esos términos.

Luego, en el numeral 1) del artículo 381 -página 125 del repartido- se hace referencia a bienes inembargables y se dice: "Las remuneraciones, por cualquier concepto, de los empleados públicos y privados; las pensiones, jubilaciones y retiros; así como las pensiones alimenticias, salvo en este último caso que sean suntuarias." O sea que todos estos son inembargables, salvo en este último caso que sean suntuarias. ¿Cuáles serían las pensiones alimenticias suntuarias?

Me voy a referir al artículo 401.1, página 150 del Tomo II del comparativo. En otras normas de esta misma parte del Código General del Proceso, cada vez que se hace referencia a sentencias, también se alude a laudos arbitrales y a transacciones homologadas judicialmente; se señalan las tres especies. Pero en el artículo 401.1, que se refiere a los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados industriales y comerciales del Estado, el texto propuesto habla solamente de sentencias y transacciones homologadas judicialmente. Falta la referencia a los laudos arbitrales. ¿Es una carencia que debamos colmar o hay un propósito específico?

El artículo 439 -página 161- alude a los requisitos que debe tener la denuncia de insania. Concretamente, el numeral 5) dice: "Especificación del parentesco o vínculo que une al denunciante con el denunciado y existencia de cónyuge o de otros parientes de grado igual o más próximo que el del denunciante". Da la impresión de que se da por supuesto que el denunciante tiene algún vínculo de parentesco con el presunto insano y me parece que no debe ser así; puede ser cualquier otra persona sin vinculación alguna, más que el conocimiento casual que tiene de un vecino, etcétera. Salvo que esto tenga otra justificación que se me escapa, sería partidario de agregar "si lo hubiere" luego de donde dice "Especificación del parentesco o vínculo que une al denunciante con el denunciado".

Dando por supuesto que se mantiene la normativa referida al concurso, quiero hacer un comentario a propósito del artículo 467 -página 174- que expresa: "Solo al deudor que ha promovido el concurso voluntario se le podrá dejar lo indispensable para su modesta subsistencia y la de su familia, según las circunstancias, con cargo de devolución cuando mejore de fortuna". La norma que se sustituye es el artículo 467 actual que establece: "En todo caso se dejarán al deudor los bienes necesarios para atender a sus necesidades y a las de su familia". Da la impresión de que al deudor que omitió promover el concurso voluntario se le castiga privándolo de lo indispensable para su modesta subsistencia y la de su familia. El criterio resulta un tanto draconiano. Sobre este punto dejo marcada mi discrepancia.

Finalmente, quiero referirme al artículo 500 -página 177- que dice: "En los numerales 1), 5) y 6) de los indicados en el artículo anterior" -estamos hablando de las causales de nulidad del laudo arbitral- "la nulidad afectará a todo el laudo". En el inciso segundo menciona casos de nulidad parcial: "En el numeral 2) afectará sólo a los puntos que no hubieren sido objeto de compromiso. En el numeral 3) la nulidad afectará sólo a aquellas cuestiones decididas para cuya resolución fuere indispensable resolver previamente el punto omitido; pero valdrá en cuanto a las cuestiones decididas que fueren independientes de la omitida. En el numeral 4) la nulidad afectará a todo el laudo. En el numeral 7) la nulidad tendrá el mismo alcance que la cosa juzgada vulnerada". Entonces, me pregunto si no podemos incluir la referencia a este numeral 4) que afecta a todo el laudo en el primer inciso del artículo 500. En tal caso, diría: "En los numerales 1), 4), 5) y 6) de los indicados en el artículo anterior" -estamos hablando de las causales de nulidad del laudo arbitral- "la nulidad afectará a todo el laudo". De esta forma quedan contempladas todas las causas de nulidad total en la misma disposición.

Estas eran las cuestiones que quería plantear a nuestros distinguidos visitantes.

Muchas gracias.

SEÑOR VARELA-MÉNDEZ.- La primera observación que plantea el señor Senador tiene que ver con la acumulación de pretensiones regulada por el artículo 120 del Código General del Proceso. La redacción anterior del inciso primero dio lugar a tres o cuatro orientaciones doctrinarias. Con relación a las pretensiones de igual o análoga materia el doctor Piaggio tomaba como referente a la cuestión o

cosa litigada, no a los distintos fueros. Otros aludían a que “igual o análoga materia” se refería a materias propias de fueros distintos y, algunos, que era la posición mayoritaria y la que primó, señalaban que cuando se trata de pretensiones de igual materia competencial -esto habla de la distribución de la competencia en razón de la materia- la acumulación de pretensiones se admite en el texto sin problema de especie alguna y, cuando pertenecieran a fueros competenciales distintos, es decir a Juzgados con distinta competencia en función de la materia, se requiere que las pretensiones sean conexas entre sí y, en mi opinión, también se requiere alguna conexión -que puede ser subjetiva u objetiva- relevante. Quiere decir que este tema dio lugar a cuatro o cinco opiniones doctrinarias diferentes.

Con respecto al artículo 361, la solución modificativa en mi opinión no solamente no es feliz sino que es francamente desgraciada. Desde Couture en adelante se ha discutido si el juicio ordinario posterior al ejecutivo debe comprender sólo a aquellos temas que no pudieron ser debatidos en el juicio ejecutivo anterior -sea por su estructura o por la inadmisibilidad de defensas- o si debe permitirse reproducir en el juicio ordinario posterior todas las cuestiones, es decir, las que fueron propuestas en el juicio ejecutivo anterior y aún aquellas que fueron omitidas sin importar por qué lo fueron, esto es, si fueron omitidas por voluntad de la parte que no ejerció su actuación de su actitud de defensa o si fueron omitidas porque la ley las excluía del juicio ejecutivo. En enseñanzas magistrales, el doctor Gelsi Bidart apuntaba a una amplificación del juicio ordinario posterior a efectos de dar la máxima garantía en el replanteo de los temas. Además de que personalmente me conforma la opinión de Gelsi Bidart, creo que si se establece esta restricción del juicio ordinario posterior, puede dar lugar a soluciones que obviamente no consideraron quienes previeron esta modificación. Aquí parece haberse tomado en cuenta que cuando hay un juicio ejecutivo cambiario y excepciones inadmisibles, va al juicio ordinario posterior por aquellas excepciones que la ley no permite admitir. Pero hay otros problemas que se deben tomar en cuenta. Voy a poner el ejemplo, que ahora no es inusual, de un juicio ejecutivo por cobro de arrendamientos habiéndose pactado el precio en moneda extranjera, en infracción al régimen estatutario. El sujeto puede tener un embargo y un desalojo por mal pagador y por mora en el pago de la renta en moneda extranjera. El arrendatario puede promover el juicio ordinario de declaración de nulidad de la cláusula del precio en moneda extranjera. En el juicio ejecutivo, ¿tendría que haber planteado la nulidad del precio en moneda extranjera? Obviamente, se requiere un juicio ordinario desde su arranque. Cuando obtiene la declaración de nulidad de la cláusula del precio en moneda extranjera en el juicio ordinario, ¿no puede revisar aquella condena que tuvo en el juicio ejecutivo o en el juicio de desalojo? Se están cercenando posibilidades de defensa y se deja de lado la posición doctrinaria -acuñada por Couture, desarrollada por Moretti y también magistralmente por Barrios De Angelis, y de la que nosotros dos participamos- de la admisión genérica, salvo norma expresa en contrario o inferencia normativa necesaria, de la revisión en juicio ordinario de todo resultado alcanzado en juicio no ordinario anterior por un problema de igualdad de los sujetos y, en definitiva, de justicia.

Esto es cuanto quería manifestar con respecto a los artículos 120 y 361.

SEÑOR ABAL.- No participé activamente en esta parte de la modificación -por lo menos no lo recuerdo- y lo que dice el doctor Varela-Méndez seguramente sea atendible. De todas maneras, la pregunta realizada por el señor Senador Pasquet, creo que se responde con la parte final de la redacción del artículo, al margen de la conveniencia o no de limitar las defensas. Allí dice: “Toda defensa que hubiere podido ser deducida en el proceso ejecutivo no habilitará la promoción de juicio ordinario posterior”. Si es una defensa que no pudo ser deducida, quiere decir que se puede deducir ahí. Creo que no puede haber mayor duda. En cuanto a si había que deducir todas las defensas y que se las rechazaran para después plantearlas, me parece que la parte final del artículo 361.1 da a entender que eso no es necesario. Reitero el texto: “Toda defensa que hubiere podido ser deducida… no habilitará”. A *contrario sensu* tendría que decir, en lugar de “Toda defensa que hubiere podido ser deducida”, que las que habilitan son las que no pudieron ser deducidas. Si se quiere, se puede aclarar la fórmula -no hay inconveniente- pero lo que se quiere decir es eso. Siempre y cuando no se opte por un temperamento como el que sugiere el doctor Varela-Méndez y que, por cierto, en cierta forma recoge una tradición que más bien ha postulado la apertura de la posibilidad de revisar en el juicio ordinario, todo lo que fuera posible.

En cuanto al artículo 374.1, con toda franqueza debo decir que no sé cuál es la explicación. Quizás el doctor Varela- Méndez tiene la explicación que se dio en aquel momento. En realidad, no

recuerdo por qué se puso “cualquiera sea el sujeto de la medida”. Supongo que quizás pueda apuntar al sujeto al cual se le va a imponer. Es un agregado que a algo apuntaba.

SEÑOR VARELA-MÉNDEZ.- Pienso que esto puede ser para determinar que no hay sujeto que esté en el proceso, que esté exento de esta medida. Esto podría servir para eliminar el debate de la aplicación de las astricciones a las personas públicas. Se trata de un tema que estuvo bastante en debate con un decreto ley de la dictadura y las modificaciones posteriores del Código General del Proceso. La expresión “cualquiera sea el sujeto de la medida”, en mi opinión es cualquiera sea la persona física o jurídica sobre quien recae la medida. No hay explicaciones de esta modificación en el repartido de la Cámara de Representantes.

SEÑOR PASQUET.- De acuerdo con lo que acaba de decir el doctor Varela-Méndez, quedaría más claro si el texto dijera: “cualquiera sea el sujeto a quien se imponga la medida”.

SEÑOR ABAL.- Parece que apunta a lo que acaba de manifestar el señor Pasquet, pero no estoy seguro. Por eso dije que realmente no lo sé. Por lo visto, como dice el doctor Varela-Méndez, no figura ninguna explicación en los antecedentes. De ser así, es razonable aclararlo mejor.

SEÑOR VARELA-MÉNDEZ.- Me voy a referir ahora al inciso segundo del artículo 379.7 y al artículo 380.8.

El primero implica la posibilidad de eludir por vía directa el secreto bancario. Es decir, con esta norma directamente cualquier Tribunal puede pedir un informe de los saldos, cuentas y depósitos. No se indica -como sí se hace en el régimen general de levantamiento del secreto bancario- la resolución fundada del Juez estableciendo las razones que llevan a dicho levantamiento. De manera que, cualquier Juez que entienda sobre su ejecución, va a poder librar un oficio con indicación de la persona física o jurídica, con identificación oficial -cédula de identidad y Registro Único Tributario- para que se informen los saldos de cuentas y depósitos. Una vez conocidos estos datos, se podrá embargar directamente.

El artículo 380.8 plantea la posibilidad de la proyección del embargo genérico sobre las cuentas bancarias. Bastaría circular el embargo a la red bancaria con los datos del sujeto para que los bancos o las entidades financieras pongan a disposición del Juzgado los montos establecidos. En este caso, se trata de cuentas bancarias no identificadas, por eso hago referencia a una especie de embargo genérico a la red bancaria, tema que fue bastante discutido en doctrina y jurisprudencia porque, en términos generales, no se admitía ni siquiera como forma de exhibir. Este es un problema de oportunidad o conveniencia que plantea el Legislador para potenciar las ejecuciones y sus resultados. Obviamente, hay muchas maneras de ocultar fondos en entidades financieras -podría ser a nombre de otra persona o de una sociedad- pero aquí no se prevé otra circunstancia más que la relacionada con las instituciones bancarias de plaza.

Al final de este artículo se consagra la opción de proteger a la vivienda de la exclusión a las cuentas y depósitos de ahorro previo radicados en el Banco Hipotecario del Uruguay. Probablemente el fundamento de esta norma sea no afectar esas partidas que el ejecutado ha destinado a la construcción o compra de vivienda para su núcleo familiar.

SEÑOR ABAL.- Recuerdo que el término “suntuarias” establecido en el numeral 1) del artículo 381, apuntaba a aquellas circunstancias en las que puede haber pensiones realmente suntuarias, pero no es lo más normal. Existen pensiones que son fruto de acuerdos, en los que la gente con muchos recursos pacta una pensión; resulta absolutamente absurdo que tenga una protección contra embargos cuando no hay motivo alguno para que sea así. No hace falta recurrir a estrellas de cine ni a grandes jugadores de fútbol para advertir esta situación. Es poco imaginable -pero no necesariamente inimaginable- que se pueda calificar una pensión de suntuaria fijada por un Juez, aunque es fácil que eso ocurra en una pensión acordada. Esto no sucede con frecuencia pero es fácil que ocurra, sobre todo, como forma de evadir acreedores, etcétera.

Es claro que no se puede definir cuándo un bien es suntuario porque es una expresión abierta que el Juez determinará en cada caso. De todas maneras, el término se extiende a lo que todos pensamos como embargo de bienes muebles o vivienda. Por ser expresiones abiertas, por lo general, se utilizan con prudencia.

Sobre la duda planteada con relación al artículo 401.1, entiendo que se trata de una omisión que perfectamente puede ser corregida.

Otra inquietud del señor Senador Pasquet tiene que ver con lo dispuesto en el artículo 439, en particular con la denuncia de insanía. Se trata de una disposición que tiene que ver con un comentario que hizo el señor Senador Pasquet con el fin de aclarar expresiones. Quizá fuese suficiente con la expresión "vínculo" pero, claro, el vínculo hace pensar en una relación, aunque sea de vecindad o algo por el estilo. En realidad, no hay ningún inconveniente en aclararlo más. Si toman nota y se realiza alguna modificación a este proyecto de ley, estaría bien que se efectuara.

SEÑOR NIN NOVOA.- ¿No será que aquí, lo que se pretendía, era que hubiera un interés directo y legítimo del denunciante? ¿No será que esto puede habilitar a que cualquiera pueda denunciar insanía por todos lados de una manera un poco excesiva?

SEÑOR ABAL.- No es así, señor Senador. Creo que a lo único que se apuntaba era a que quedara bien claro cuál era la clase de vínculo que existía entre el denunciante y la persona cuya insanía se pretendía que fuese declarada. Además es muy natural que así ocurra. De lo contrario, habría que hacer todo un catálogo muy difícil de situaciones incluidas y excluidas. En ocasiones, a las mutualistas se les presenta ese problema con personas que tienen insanía. Se trata de afiliados a las mutualistas o al sistema público de ASSE y no saben qué hacer porque no tienen parientes ni vecinos y como tienen que hacer la denuncia de insanía, la hacen. Técnicamente lo que se puede decir es que el vínculo existente es que fue asistido en la mutualista. Esto, para dejar en claro que no es un requisito específico y, definitivamente, no lo es.

SEÑOR VARELA-MÉNDEZ.- En ese mismo sentido, el artículo 33 del Código General del Proceso, al hablar de discernimiento del cargo de tutor o curador establece que cualquiera que tenga interés legítimo, podrá pedir el nombramiento, a través del Ministerio público, de tutor o curador. Este caso pretende buscar un vínculo más directo con el reargüido por incapaz. Cuando se demanda una persona que está incapacitada, hay que pedir una declaración de incapacidad y que se le nombre un curador; de lo contrario, no encuentro una parte capaz para demandar. Estos podrían ser los casos que planteó el profesor Abal.

SEÑOR ABAL.- El artículo 467 fue asumido como una especie de sanción -no sé si es justa o no; seguramente la Comisión y luego el Senado lo resolverán- para que no promoviera el concurso de manera voluntaria. En este momento no tengo presente cuál es el régimen en la ley de concursos, pero quizá convendría revisarlo para unificarlo.

SEÑOR PASQUET.- Corresponde considerar el artículo 500.

SEÑOR VARELA-MÉNDEZ.- Considero correcto lo que se planteaba en cuanto a incluir en el inciso primero la referencia al numeral cuarto.

SEÑOR PASQUET.- Después de haber planteado ciertas dudas sobre el texto sancionado por la Cámara de Representantes, consideraría una cuestión que no está contemplada en las modificaciones que vienen de la Cámara de Representantes y que tienen que ver con el artículo 35 del Código General del Proceso. Pienso que la modificación propuesta no resuelve el problema que suele plantearse, según me han informado quienes ejercen con asiduidad el Derecho de Familia. Si se produce la muerte de la parte que está actuando en el proceso, este se sigue contra los sucesores a quienes les llega el emplazamiento, sin que de pronto hayan tenido tiempo para decidir si van a aceptar la herencia. Sin embargo, el plazo del emplazamiento está corriendo. A quienes no estamos en el ejercicio de la profesión puede parecernos una eventualidad improbable o remota; sin embargo,

quienes ejercen el Derecho en materia de familia con asiduidad y cultivan esta especialidad me dicen que es una situación que se presenta no tan raramente.

En consecuencia, consultando con especialistas en la materia -por ejemplo con la doctora Ema Carozzi- nos hemos encontrado con un texto que se propone y que resolvería estas dificultades. El texto propuesto, que lo voy a facilitar a los doctores Varela-Méndez y Abal y, por supuesto, a los integrantes de la Comisión, establece: “35.1 Ocurrida la muerte o ausencia declarada de la parte que actúa por sí misma y salvo el caso del proceso relativo a derechos personalísimos, este debe continuar con los sucesores o el curador de la herencia yacente en su caso”. Se suprime el término “cónyuge” porque la referencia aquí no tiene ningún sentido. Si el cónyuge es sucesor, va por sucesor, pero no por cónyuge.

A su vez, el inciso siguiente establece: “La contraparte podrá solicitar el emplazamiento de estas personas sin necesidad de trámite sucesorio, procediéndose en la forma prevista para la demanda y con las mismas consecuencias. A efectos de continuar el proceso con los sucesores se requerirá acreditar que quienes tengan la calidad de tales hayan aceptado la herencia”. Y luego continúa el artículo como está redactado. En fin, esta es una propuesta para ser estudiada, que la entrego a la Presidencia.

SEÑOR ABAL.- Quisiera señalar que lo de eliminar la referencia al cónyuge me parece una expresión muy dura. En realidad, podría no ser su sucesor porque no necesariamente tiene que serlo.

SEÑOR PASQUET.- Entonces, no tiene sentido invocarlo.

SEÑOR ABAL.- Eso es lo que estoy pensando, señor Senador. Sería una especie de apoderado de hecho de los sucesores o algo por el estilo. Lo que corresponde es una referencia hacia los sucesores, directamente, o con el curador si se trata de una herencia yacente. En cuanto al cónyuge, no parece tener sentido la intervención. Quizás el doctor Varela-Méndez pueda decir algo distinto.

Con relación a lo segundo, una manera de aceptar la herencia es que comparezcan, porque así no habría que acreditar nada.

La fórmula es un poco complicada y tendría que estudiarla para dar una opinión más definitiva.

SEÑOR VARELA-MÉNDEZ.- Considero que la expresión “cónyuge” no debe ser suprimida dado el régimen de cinco patrimonios que hay en la sociedad conyugal -propios del marido, propios de la mujer, gananciales administrados por el marido, gananciales administrados por la mujer, y gananciales de administración conjunta- y puede ser que esté emplazado el cónyuge en los gananciales administrados por él, que a su fallecimiento determinan una indivisión poscomunitaria. Quiere decir que se produce la disolución de la sociedad conyugal y queda, entonces, un condominio como el condominio común. En consecuencia, puede ser necesario emplazar al cónyuge que ha pasado a tomar la titularidad efectiva de su parte de gananciales por la disolución de la sociedad conyugal que produjo la muerte del cónyuge que era parte del proceso.

En segundo lugar, siempre que le soliciten emplazamiento, por razones naturales ya va a haber pasado el novenario de luto, que es el plazo de nueve días a partir de la muerte del causante durante el cual no se puede instar a los herederos para que manifiesten si aceptan o repudian la herencia. Nada impide que aquel sujeto indicado como sucesor comparezca en el proceso diciendo que repudia la herencia. El requerir acreditar que hayan aceptado la herencia le impone a una parte en el proceso la suspensión de ese juicio y, si no lo promueven sus sucesores o el cónyuge, promover el proceso sucesorio, intimar a los sucesores o al cónyuge que acepten bajo apercibimiento de tener por repudiados; se deben hacer las intimaciones con los plazos que prevé el Código Civil y recién después, si repudian, promover la yacencia y entenderse con la ANEP. Todo esto significa, prácticamente, paralizar un proceso durante un año. Yo emplazo a quienes considero que son sucesores; si hay otros sucesores, habrá un emplazamiento viciado. Si estos son sucesores y no quieren aceptar la herencia, pues ese es el momento de aceptarla o de repudiarla; no puedo dejar una parte procesal sujeta al

arbitrio de otra parte procesal que ha sucedido en la relación sustancial y que, en consecuencia, debería suceder en la relación procesal. Eso fue lo que, en mi opinión, el Código con buen criterio quiso solventar en la redacción que está planteada.

SEÑOR PASQUET.- Entiendo que la cuestión es bastante compleja y seguramente justifica un estudio detenido, pero se me ocurre que una persona que de buenas a primeras se encuentra con que es emplazada porque falleció alguien de quien es sucesora, puede no tener los elementos de juicio, puede no saber si le conviene o no aceptar. Sin embargo, mientras piensa, consulta, se asesora y averigua le está corriendo el plazo para comparecer ante el Tribunal y contestar la demanda. Me parece que esa situación debe ser contemplada. Claro que también me doy cuenta de que ello implica la paralización del proceso, su suspensión, pero pienso en esa persona que de pronto se enteró por un cedulón que es heredero y no sabe en qué se está metiendo.

SEÑOR PRESIDENTE.- Cabe aclarar que no es necesario que nos den todas las respuestas, pueden llevarse la redacción porque no estamos frente a un examen.

En principio, tenemos la idea de aprobar este código sin modificaciones; no podemos decir que a tapa cerrada, porque hay una Subcomisión que lo está estudiando. Me gustaría que tuviera una oportunidad más y aunque no se votara tal cual viene, quizá se podría aprobar este año, en acuerdo con la Cámara de Representantes. No sé si va a ocurrir así, pero pensemos en una situación hipotética donde todos los que están más involucrados en este tema nos acercan sus propuestas durante esta semana y la Secretaría puede hacer un comparativo para el próximo martes 11, que todavía está fuera del receso. Por supuesto que consultaremos también a los señores Representantes porque si después va a la otra Cámara y no se aceptan nuestras modificaciones, deberá pasar a la Asamblea General, donde son necesarios dos tercios de votos. Estamos hablando de una veintena de artículos con observaciones en un código que tiene alrededor de quinientos.

Por lo tanto, si el martes 11 podemos contar con los artículos que modificamos, quizá sea posible votar en esa misma semana -si llegamos al acuerdo correspondiente- para que esté pronto antes de fin de año. Quizás algún señor Senador discrepe, pero nos gustaría pedirles un gran esfuerzo en esta semana para ver si quedan planteadas todas las inquietudes. Es posible que pudieran redactar alguna propuesta y enviarla a la secretaría. Inclusive, el señor Senador Pasquet se ha destacado en esta materia, por lo que aspiramos a que sea el miembro informante del proyecto, si es que logramos su aprobación. Lo digo con humildad, sé que ustedes son personas de mucho trabajo, pero si el planteo se hace posible ya la semana próxima estaríamos estudiando el proyecto junto con algunos señores Representantes. Por supuesto que las propuestas que nos acerquen no tienen que ser aprobadas necesariamente como las presenten, pero el esfuerzo bien lo vale. Además, ustedes son personas reconocidas en esta materia.

SEÑOR ABAL.- ¿Usted está sugiriendo que se presente la fórmula sustitutiva o eventual de estos artículos y también una fundamentación? Creo que en lo que refiere a una nueva fórmula no habría problema, lo otro me parece más complicado.

SEÑOR PRESIDENTE.- Los dos artículos que ya tenemos claros son los que mandó la Suprema Corte de Justicia, por lo que la fundamentación no sería necesaria. Por supuesto que después cada Legislador optará, pero la idea es poner la palabra “positivo” y eliminar lo relativo al diario local.

SEÑOR ABAL.- Sin ninguna dificultad y en un par de horas -quizá menos- nosotros podríamos redactar todos los artículos y se los enviaríamos, salvo este porque seguramente lo pensaremos un poco más.

SEÑOR PRESIDENTE.- Entiendo que sea así.

SEÑOR ABAL.- Simplemente quiero aclarar a todos los miembros de la Comisión que tanto el doctor Varela-Méndez, como quien habla y otros miembros del Instituto tenemos muchísimas otras ideas sobre cosas que deberían introducirse, quitarse o modificarse, algunas compartidas por todos y otras no tanto, pero no las queremos plantear. En el ánimo de corregir cuestiones que la práctica ha

demostrado que no están funcionando bien creemos importante no meternos en una gran complicación como sería alterar todo el Código -incluso estructuralmente, en algunas cosas más discutibles- y por eso no las vamos a plantear. Ni se han planteado, ni las vamos a plantear.

SEÑOR PRESIDENTE.- La idea no es alborotar el avispero, pero si ustedes entienden que hay alguna cosa de fondo o muy pesada, no estaría mal que nos la advirtieran y ahí sí le pediríamos que agregaran algunas líneas de fundamento.

SEÑOR ABAL.- Como usted dice, hay algunas cuestiones que se pueden considerar como relativamente "pesadas", pero que ahora no pueden ser objeto de modificaciones porque si se propusiera su discusión lo único que se conseguiría sería que a esta altura del próximo año todavía estemos intercambiando ideas y con líos de vuelta acá. Me parece que lo mejor es aprobarlo.

Esto es lo mismo que pasa con la ley de concurso. Quizá sea mejor mantenerlo como está y el día que se quiera modificar la ley de concurso para excluir esto, se modificará sin problemas.

SEÑOR VARELA-MÉNDEZ.- Quisiera realizar tres o cuatro observaciones que me parecen de peso.

En el artículo 396 se propone eliminar la última frase que dice: "Todo ello sin perjuicio de los plazos legales en materia de arrendamiento". Se dice que el único arrendatario que requiere tutela es aquel que cuenta con registración o fecha cierta de sus derechos anterior al embargo. Con la eliminación de este inciso -que mucha jurisprudencia hace como que no está escrito- lo que se hace es desproteger a los arrendatarios más débiles. En este artículo se propone una solución y la explicación es que el único arrendatario que requiere tutela es aquel que compra con registración o fecha cierta de sus derechos anteriores al embargo. Lo que hace esto, repito, es desproteger al arrendatario más desvalido, el que no pide certificados o el que no hace contratos con certificación de firmas ni se le ocurre registrarlo o protocolizarlo, que es lo frecuente en materia de arrendamientos urbanos. Dejo planteado el tema.

Por otra parte, el artículo 221 así como la nueva redacción del recurso de revisión, eliminan como forma de impugnación de los actos fraudulentos el juicio ordinario posterior. Este tema se ha planteado constantemente en doctrina y hasta en la jurisprudencia del Código General del Proceso y hay autores que han sostenido que la única forma de sanear o impugnar una sentencia que ha adquirido fuerza de cosa juzgada fraudulenta es a través del recurso de revisión. Con eso se planteó por la mayor parte de la doctrina el problema de que dados los plazos de revisión -aunque en este proyecto se amplían- que el sujeto que actuó fraudulentamente y oculta esa sentencia durante un plazo tiene las manos libres para hacerla valer. El recurso de revisión tiene actualmente un plazo de caducidad de tres meses a un año y en la modificación se eleva a seis meses y tres años. No parece del caso, dada la circunstancia de fraude o colusión que puede darse en la cosa juzgada, eliminar simplemente y así al pasar el juicio ordinario posterior revisivo de la cosa juzgada fraudulenta.

Hay dos artículos que implican, en mi opinión, en la actual redacción, una infracción al principio de inmediación en el proceso. El artículo 8º en cuanto apunta a las diligencias probatorias que no son delegables bajo pena de nulidad, ahora permite delegarlas en los casos expresamente previstos por la ley. Y aquí en los casos expresamente previstos en la ley, hay dos referencias, una en el 186, sólo para ubicar la identidad de las personas que están ocupando y no tiene límites en el 388.2. Es decir que el objeto de la inspección ocular delegable en el 388.2 no tiene límite y sí lo tiene en el 186. Todos los que hemos hecho inspecciones judiciales, las más frecuentes para comprobar subarrendamientos, cesiones de arriendo, cambios de destino, ocupaciones ilegítimas, sabemos que muchas veces el acto de inspección va sumado a un interrogatorio a la gente que está adentro y, eventualmente, a algunos vecinos, tal como alguna legislación permite. La circunstancia de permitir la delegación que muy frecuentemente y legalmente se hace va a determinar que el Alguacil solamente pueda determinar las identidades y, entonces, si quiere pedir otra inspección, ya lo puede hacer con la inspección judicial, pero con la gente que está adentro sobre aviso. De manera que la inmediatez y la certeza y evitar el peligro de lesión o frustración que se crea mediante una inspección judicial, por esta circunstancia de tal vez tener que superponer dos medidas iguales, va a perder su eficacia totalmente. De manera que aquí se está lesionando el principio de inmediación. También se lesiona en la regulación del artículo 145, que tiene que ver con la prueba trasladada. Actualmente, para trasladar la

prueba practicada en otro proceso, se requiere que en el proceso primitivo se hubiera diligenciado la prueba a petición de la parte contra quien se aduce en este proceso o con audiencia de ella. En la posibilidad de hacer la prueba trasladada sucedía que la otra parte podía oponerse a la traslación de la prueba. Pero ahora lo que se establece es quien puede proponer contraprueba o prueba complementaria. Sin embargo, ¿qué ocurre si la contraprueba o prueba complementaria no puede deducirse? Por ejemplo, hablo de la inspección de una cosa que desapareció o se destruyó, o de la confrontación de testigos, uno de los cuales se ausentó o falleció. Lo que va a suceder en ese caso es que esa prueba, que no va a poder trasladarse, va a ser igualmente de conocimiento del Magistrado y es doctrina unánime que el conocimiento privado del Juez determina que este debe ser apartado del proceso.

Sobre este punto, Devis Echandía establece que el conocimiento privado puede ser el que el juez adquiere con pruebas indebidamente producidas en el propio proceso. De manera que puede darse el caso de que el juez que estuvo instruyendo el proceso, por esa habilitación genérica del traslado de prueba, quede separado del proceso y todo lo que instruyó hasta el momento se pierda.

Por último, y yendo hacia otros artículos anteriores -para no cambiar la práctica los gallegos podemos andar como cangrejos sin problema- quiero señalar que hay dos lesiones al principio dispositivo en los artículos 5º y 144.1 En el artículo 144.1 se establece que en caso de rechazar el diligenciamiento de un medio de prueba el tribunal puede suplirlo por otro que a su juicio corresponda. Parece que proponer los medios probatorios es un poder propio de la parte -situaciones jurídicas de acción y excepción- y determinar que el tribunal al eliminar un medio de prueba lo sustituye por otro, hace que se esté sustituyendo la actividad o la intervención de la parte. Me limito a plantear el punto.

El artículo 5º está redactado de manera disuasoria. Había una vieja zarzuela en que un sacerdote decía: “Como el fin es tan piadoso yo no veo inconveniente”, pero aquí mencionamos el principio dispositivo. Menciona la buena fe, la lealtad y la colaboración procesal y hace referencia a que los sujetos del proceso deberán actuar con veracidad y brindar la máxima colaboración para la realización de todos los actos procesales. El deber de lealtad y buena fe está reconocido en el proceso. En este caso parece que se pretende acentuar más este aspecto, y se alude a Couture en el sentido de que nadie puede ser obligado a suministrar pruebas contra sí mismo. La referencia no es del todo precisa. Couture trató este tema en un trabajo que se refiere al deber de decir la verdad en el juicio civil. Muchos autores ahora han tratado este tema y en el apartado del Tomo 36 de la Revista de Derecho y Jursiprudencia y Administración, parece desarticulado desautorizar la cita que de él se hace en este momento. Muchos autores dicen que no parece que haya que decir la verdad, cada parte dice su verdad en el proceso y el juez resuelve sobre las alternativas de verdad que se le plantean; no hay un deber de veracidad indiscriminado e irrestricto en el proceso. La referencia a Couture no contempla, en mi opinión, sus propias expresiones en ese sentido y aquí se maneja un tema -porque se establece como deber, mal redactado- que en el proceso es susceptible de considerar porque inserta, junto con la otra previsión del artículo 144.1, elementos de inquisitividad en el proceso civil.

En este punto vuelvo a una expresión que utilizó el señor Senador Pasquet sobre la esquizofrenia. En el informe de la Cámara de Representantes se habla de organizar según el principio dispositivo del proceso. Está a estudio del Parlamento un proyecto de ley sobre el Código Procesal Penal respecto al principio acusatorio, es decir el dispositivo en materia penal. Parece un poco de esquizofrenia plantear el dispositivo en un proceso de parte en el penal y seguir sumando elementos de inquisitoriedad al proceso civil.

Es todo cuanto quería decir.

SEÑOR ABAL.- El espíritu de los delegados de la Suprema Corte de Justicia respecto a la formulación del artículo 5º originalmente apuntaba mucho más allá de lo que en definitiva quedó consagrado. Quiero hacer esta aclaración porque quienes intervenimos en la preparación de esta fórmula estuvimos todos de acuerdo. Al final del artículo 5º se agregó: “El incumplimiento de este deber tendrá las consecuencias previstas en cada caso por la ley”, con lo cual no se dejó la fórmula abierta que en principio pretendían los delegados de la Suprema Corte de Justicia. Incluso, estimamos que la referencia al artículo 142 es adecuada. Las partes deben colaborar para la producción de la prueba, nada más que para eso; si no colaboran se podrá tomar como presunción simple en contra de la

misma. Por ejemplo, si hay que examinar un bien mueble y la única manera es si la parte que lo tiene en su poder lo trae, si no cumple, hay una presunción simple en su contra en la producción de la prueba y no en la proposición de la prueba, ni en otras cosas.

En lo personal, respecto a la fórmula del artículo 5º tal como quedó, coordinada con la del artículo 142 -que también se discutió mucho y que al final resultó aceptable, por lo menos para los miembros de la Comisión- no tengo nada que decir.

En lo que tiene que ver con la parte final del último párrafo del artículo 144.1 que dice: "en cuyo caso el tribunal podrá disponer el diligenciamiento del medio de prueba que correspondiere", estoy de acuerdo con lo que propone el doctor Varela-Méndez.

SEÑOR PRESIDENTE.- Agradecemos el tiempo que nos han dedicado y desde ya agradecemos también la gentileza si nos pueden enviar la redacción de todos estos artículos. Si tuviéramos que frenar la aprobación de este Código sólo por el artículo 5º no lo haríamos. Obviamente está muy bien que hagan los aportes correspondientes.

La idea sigue siendo que la semana próxima nos encontremos con estos materiales, se hagan los comparativos y los repartidos y se consulte a la Cámara de Representantes para ver si el martes 11 podemos estar resolviendo este tema. Si no lo resolvemos ese día, lamentablemente va a pasar para febrero, porque de nada vale hacer un esfuerzo para votarlo en diciembre, si después la Cámara de Representantes no lo vota. Estos son los textos y las fechas en que sale; solicitamos que hagan un esfuerzo porque estamos tapados de trabajo. Si son tan gentiles nos gustaría que nos ayudaran para que el Parlamento intente estar a la altura de las circunstancias respecto a este tema.

(Se retiran de Sala el profesor doctor Edgar Varela-Méndez y el profesor doctor Alejandro Abal, Director e integrante del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal de la Universidad de la República respectivamente.)

La Bancada de Gobierno hizo una serie de modificaciones y aportó un comparativo. Queríamos explicar brevemente el artículo 6º y ver si podemos fijar un curso de acción para que el martes o a más tardar el miércoles, votemos. Las modificaciones que se incluyeron en el comparativo enviado por el Poder Ejecutivo no son importantes y, a nuestro entender, levantan las observaciones.

En la columna del medio figuran las modificaciones que proponemos. El artículo 1º no tendría modificaciones; el artículo 2º tampoco. El artículo 3º que figura en la página 16 tiene dos modificaciones. La primera es que no se incluirían todas aquellas infracciones previstas como gravísimas, sino las que se detallan, es decir, las de los numerales 1), 2), 3), 4), 5), 6) y 9). Quiere decir que dejamos de lado las de los numerales 7) y 8), o sea la extorsión y el tráfico, que no son infracciones penales habituales en los menores. Ninguna de ellas figura con un porcentaje alto, ya que casi el 80% es rapiña. También se dejarían como hasta ahora, a discrecionalidad del Juez, las tentativas. No se trata de que el Juez, frente a una tentativa, no pueda actuar con todo el peso o la gravedad que él considere que tiene la infracción o el delito que se cometió. Por lo tanto, en la iniciativa que mandó el Poder Ejecutivo se sacan los numerales 7) y 8) y las tentativas.

Además, se cambia el artículo 116 bis que figura en las páginas 16 a 18.

Se dejan las tentativas de lo que son delitos gravísimos y donde eliminamos la discrecionalidad del Juez de un año no están las tentativas.

También se modifica el literal c) porque el que mandó anteriormente el Poder Ejecutivo no estaba claro. Había diversas fórmulas de interpretación.

SEÑOR DA ROSA.- Podía existir una contradicción.

SEÑOR PRESIDENTE.- Se aclara que el Juez puede dar la libertad o el abogado pedirla a mitad de la pena siempre que se haya cumplido un año. Por lo tanto, para aquellos que el Juez determinó una reclusión por dos años, se cumplen el año y la mitad de la pena en el mismo momento; para aquellos que el Juez dio una pena de catorce meses, solo hasta el año se va a poder hacer el pedido de libertad. Esto tiene una razón bien concreta: los especialistas en el caso nos insisten en que se necesita un plazo de un año o similar para hacer la rehabilitación. Además, para dicha rehabilitación ya se contaría con "La Tablada", que era otra de las observaciones que se nos había hecho acerca del momento de entrada en vigencia de la ley, por un problema locativo. Según la información que tenemos, el Poder Ejecutivo otorgó "La Tablada" al Sirpa; este instituto tiene algo más de 300 infractores y el centro cuenta con una capacidad para 160, por lo que no debería haber problemas en ese aspecto.

Otra modificación es que se agrega el artículo 94; lo que se hace es incluir el artículo 116 del Código, porque de lo contrario se podría dar una contradicción. O sea que el artículo 94 queda igual para todos los delitos salvo en lo que refiere al artículo 116 bis de este Código, que lo estamos incluyendo ahora. Se podrá decir que es redundante o que no es necesario, pero a algunos nos pareció que era bueno que quedara a texto expreso a fin de que no hubiera una supuesta contradicción en el Código.

En el artículo 5º se agregan ciertos objetivos que el proyecto de Código debe tener. Ya lo hicimos con la ley de humanización carcelaria -el señor Senador Moreira recordará eso; no sé si serán buenos o malos recuerdos-; en ese caso se pidió que se crearan comisiones para hacer los Códigos que después vinieron en el 2009 y que estamos estudiando: el Código de Proceso Penal y el Código Penal. Es decir que en el proyecto de ley se incluyeron ciertos objetivos. En este caso estamos poniendo lo que esa comisión debería estudiar. O sea que no sólo el Poder Ejecutivo tiene la obligación de poner la comisión en marcha en treinta días, sino que además esa comisión tiene ciertos objetivos. A su vez, de la misma manera que se insiste en que es una ley puente -porque vamos a estudiar el Código Adolescente- algunos insistimos en poner la fecha del 31 de julio de 2013 para que vuelva al Parlamento. O sea que si el 2 o 3 de agosto nosotros aprobáramos ese Código -suponiendo que no haya observaciones- esta ley dejaría de existir y pasaría a regir el Código de la Adolescencia. Entonces, estamos hablando de una ley puente y, para que realmente lo sea, el Parlamento debe retomar rápidamente el estudio del tema. Podría hacerlo por propia iniciativa, pero se establece que el Poder Ejecutivo debe mandar el Código de la Adolescencia antes del 31 de julio. Seguramente el Parlamento analizará el tema por cinco o seis meses como mínimo.

Asimismo, se agrega un artículo 6º -que se repartió en una hoja aparte- que dice: "A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, el Poder Judicial deberá presentarle a la Asamblea General un informe cuatrimestral detallando los resultados de su aplicación". Hay una Comisión de la Asamblea General de quince miembros sobre el Sirpa -que no sé si se instaló y está funcionando- y nosotros aspiramos que estos aspectos de la ley sean estudiados allí. En la medida que es una ley puente, si el Parlamento demora más el análisis del Código Adolescente, creo que es bueno que haya una Comisión que esté atenta a cómo se está aplicando esta ley y si se está haciendo un esfuerzo de rehabilitación.

En materia de menores sé que todos somos muy celosos y algunos aspiramos a que haya una legislación más permanente. Está todo el tema del delito que hay que combatir. Si, por un lado el Parlamento va verificando cómo se aplica la ley y, por otro, va estudiando la normativa, creo que volvemos a tener la potestad sobre estos tópicos.

Nuestro anhelo es que celebremos otra sesión esta semana en la que votemos el proyecto. Si no ocurriera así, nos reuniríamos el próximo martes. En caso de que lo aprobáramos esta semana, el Senado lo consideraría el martes, y si sesionáramos la próxima semana el Pleno lo analizaría el miércoles. De esa forma, la Cámara de Representantes -la Bancada oficialista expresa el deseo de que esté sancionado antes de fin de año- lo aprobaría entre Navidad y Fin de Año.

SEÑOR MOREIRA.- Habíamos pedido opinión al Instituto de Derecho Penal de la Facultad, al doctor Langón, entre otros. Con el cronograma que plantea el señor Presidente no vamos a tener posibilidades de recibirlos. De pronto podríamos pedir la opinión de un par de penalistas. De todos

modos, los cambios tampoco parecen ser sustanciales. La parte de privación de libertad prácticamente quedó igual.

SEÑOR PRESIDENTE.- Salvo en el caso de la tentativa.

SEÑOR MOREIRA.- En lo personal estoy de acuerdo con analizarlo el jueves y resolverlo definitivamente el próximo martes.

Por otro lado, recuerdo que una de las cosas en las que hizo hincapié el Directorio del INAU fue que a partir de la aplicación de esta ley aumentará la cantidad de menores internados. El señor Presidente señala que La Tablada podría estar habilitada para la internación de menores infractores.

SEÑOR PRESIDENTE.- Ya la tiene el Sirpa.

SEÑOR MOREIRA.- No sé en qué condiciones está La Tablada.

SEÑOR PRESIDENTE.- Supongo que llevará un mes y medio dejarla en condiciones. Tengamos en cuenta que esto impacta en el tema de las rapiñas. Nos aseguran que en los primeros días de enero ya se podrían alojar menores si así lo disponen los Jueces.

SEÑOR MOREIRA.- También habría que saber si cuentan con cuidadores y educadores para encargarse del tema de la inserción social, que es muy importante. Una cosa es tenerlos concentrados a todos juntos en un lugar y otra es procurar hacer un trabajo que permita su reinserción.

SEÑOR PRESIDENTE.- Naturalmente, la transición de los primeros dos o tres meses no va a ser perfecta. El señor Ministro nos señalaba que las rapiñas están bajando pero el defensor Sayagués nos mostró una tabla en la que se mostraba que hay menores que salen a los 19 días.

SEÑOR MOREIRA.- Nosotros también hablamos con él.

SEÑOR PRESIDENTE.- Lo cierto es que hay un núcleo de menores que está saliendo y que ahora quedaría internado por un año. Entonces, en los primeros tres meses esto generaría un cimbronazo.

Ahora bien, también está el tema de la defensa de las personas a quienes roban. Aquí debe darse toda una transición. Obviamente, si este tema tuviera que ver con mayores no le pediríamos al Poder Judicial que nos envíe la información sobre cómo está funcionando. En el caso del Sirpa, la Comisión bicameral lo puede llamar todas las veces que sea necesario.

Personalmente, considero que las modificaciones concernientes a la libertad no son importantes y podemos optar entre tres sistemas de trabajo: discutir el proyecto el próximo jueves y aprobarlo el martes; discutir el proyecto el jueves, votarlo el martes y elevarlo al Plenario el miércoles o, no reunirnos el jueves, que cada uno se asesore, votarlo el martes y elevarlo al Plenario el miércoles.

Si bien no tenemos plazo para aprobar este proyecto, el Poder Ejecutivo elaboró un paquete de iniciativas que quiere que se discutan. Si bien hemos aprobado algunas, en ciertos casos con ciertas dudas por parte de nosotros, para la Bancada oficialista significaría brindar un respaldo muy importante al Gobierno si antes de fin de año se aprobaran por lo menos cuatro de los seis proyectos que componen ese paquete.

SEÑOR MOREIRA.- Respecto al tema de la seguridad quiero señalar que, como no contamos con la comisión especial de seguridad -que en su momento propusimos pero no se consideró oportuno crear- me gustaría convocar al Ministro del Interior para hablar de la minoridad infractora, homicidios, rapiñas, etcétera. El Observatorio publicó algunas conclusiones que generaron algunas polémicas públicas. Por tanto, me parece oportuno que luego de considerar este tema y antes de que finalice el año se convoque al Ministro para hacer un balance de la seguridad pública.

SEÑOR PRESIDENTE.- Si los miembros de la Comisión no tienen inconvenientes, podemos arreglar una fecha que no tiene por qué ser un martes e, incluso, se podría arreglar que fuera luego de comenzado el receso.

SEÑOR PASQUET.- Creo que se están superponiendo las tareas porque al estudio del proyecto de ley del Código General del Proceso, al que se le quieren introducir algunas modificaciones y elevarlo al Plenario, se agrega ahora este texto que la Bancada oficialista termina de acordar y quedan pocas sesiones en el año. Estos temas tienen aristas polémicas que deben ser consultadas con los compañeros de las respectivas Bancadas. Por otra parte, todos hemos recibido la propuesta del doctor Sayagués que estudia concienzudamente distintos aspectos y que deberíamos tener en cuenta. Esta iniciativa la recibimos hoy por lo que la estudiaré con la atención que merece, teniendo en cuenta los comentarios realizados por el doctor Sayagués y conversaré con los compañeros de Bancada, pero no garantizo en absoluto que esté en condiciones de acompañarla el día jueves.

SEÑOR PRESIDENTE.- ¿Propone que se considere el martes?

SEÑOR PASQUET.- Como la Comisión resuelva, pero reitero que también debemos trabajar en el proyecto de ley del Código General del Proceso.

SEÑOR PRESIDENTE.- Si la idea es discutir este tema en el Senado el día miércoles, podemos aprobarlo el martes en comisión, sesionando el jueves o sin la sesión de ese día. Cuando digo con la sesión del jueves, me refiero a que trabajemos en colectivo y, sin sesión, aludo a que cada uno trabaje por sí mismo. Esto es porque las modificaciones -vuelvo a repetir- no son tan importantes. No estoy diciendo que lo aprobemos ahora o el jueves, pero insisto en que las modificaciones no son tan importantes porque estamos sacando la tentativa, la extorsión y el tráfico, y el resto queda igual.

SEÑOR MOREIRA.- Lo relativo al tráfico ya no estaba.

SEÑOR PRESIDENTE.- Es correcto lo que dice el señor Senador. Agregamos, sí, que el 31 de julio deben mandarnos el Código y que cada cuatro meses el Poder Judicial mandaría la aplicación de la ley. Asimismo, despejamos la duda en cuanto al aspecto locativo -no el sentido de que esté cien por ciento en condiciones, sino a si realmente habría local- y está La Tablada. Por otra parte, se arregló el literal c) sobre el que se tenía dudas y podía ser contradictorio- en el sentido de que por momentos podía ser la mitad de la pena y por momentos el año. Ahora se dice que es la mitad de la pena, siempre que supere el año. El resto es igual.

La Bancada oficialista no tiene problema de no hacer la reunión el jueves y reunirse el martes, resolver primero este problema y saber que el miércoles lo estaremos discutiendo en el Senado. En ese caso, cada uno puede hacer las consultas o los trabajos que correspondan en la interna. También es cierto que antes de eso pueda suceder que alguien quiera modificar esto.

SEÑOR MOREIRA.- El doctor Sayagués tiene unas propuestas y correcciones interesantes.

SEÑOR PRESIDENTE.- Nosotros podemos retocar el proyecto de ley hasta el martes y no realizar la reunión del jueves.

SEÑOR PASQUET.- Prefiero esa opción; me parece mejor.

SEÑOR PRESIDENTE.- Aspiramos no llegar al lunes o al martes con las modificaciones, así podemos manejarlas antes. ¿Estamos de acuerdo? En ese caso, hablaríamos con el señor Presidente del Senado para que vaya previendo la inclusión de este tema para la sesión del miércoles de mañana.

SEÑOR MOREIRA.- La convocatoria del señor Ministro queda para después.

SEÑOR PRESIDENTE.- Podría ir conversando con el señor Ministro. Estamos pensando que podríamos convocarlo para la semana del 11 o la semana del 17 y 18.

Preferiría que nos dedicáramos a este proyecto de ley la semana que viene, el 11 al Código y la otra semana recibir al señor Ministro.

(Apoyados.)

SEÑOR NIN NOVOA.- En el Orden del Día también tenemos la consideración del punto número cuatro, que tiene ciertos plazos, aunque no son perentorios. Se trata de la obligación que tiene el Estado uruguayo que tiene de cumplir con la sentencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la creación de una Comisión que escuche a los 539 perjudicados, en el caso "Barbani Duarte y otros vs. Uruguay"

SEÑOR PRESIDENTE.- ¿Se trata de una Comisión Parlamentaria?

SEÑOR NIN NOVOA.- No, el Poder Ejecutivo pide autorización para crear una Comisión que escuche a los damnificados de la crisis bancaria del 2002 que no fueron atendidos.

SEÑOR PRESIDENTE.- Ese puede ser un tema de fácil resolución, por lo que podríamos incluirlo como primer punto del orden del día de la próxima sesión, y luego agregar el proyecto de ley con las modificaciones al Código de la Niñez y la Adolescencia. ¿Están de acuerdo?

(Apoyados.)

-No habiendo más asuntos a considerar, se levanta sesión.

(Es la hora 16 y 59 minutos.)